

WYROK

z dnia 7 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2023 r. przez wykonawcę **Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Komendę Wojewódzką Policji w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Komenda Wojewódzka Policji w Krakowie, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *Świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej dla jednostek Policji woj. małopolskiego wraz z dostawą sprzętu* w podziale na zadania. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 sierpnia 2023 r. pod numerem 2023/S 147-469524.

W dniu 23 października 2023 r. wykonawca Orange Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie w zakresie zadania 1, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na to, że nie złożył w przewidzianym terminie przedmiotowego środka dowodowego, pomimo, iż wymagany przez Zamawiającego przedmiotowy środek dowodowy został złożony wraz z ofertą przez wykonawcę;

2.art. 255 pkt 3 ustawy Pzp przez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia podczas, gdy cena oferty złożonej przez Odwołującego, która to oferta nie powinna była zostać odrzucona, mieści się w kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania, unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonania ponownej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie przystąpił po stronie Zamawiającego wykonawca Polkomtel Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej również „Przystępujący”.

Zamawiający pismem z dnia 31 października 2023 r. złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: protokołu postępowania, ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia wraz z jej modyfikacjami, oferty Odwołującego, informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 listopada 2023 r.

Izba uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług telekomunikacyjnych w zakresie telefonii komórkowej dla jednostek Policji woj. małopolskiego wraz z dostawą sprzętu.

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 11 (zatytułowany Przedmiotowe środki dowodowe) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, iż oferowane telefony spełniają wymagania Zamawiającego, wykonawca jest zobowiązany do złożenia wraz z ofertą opisu oferowanych telefonów (dla każdego z typów telefonów) sporządzonego zgodnie z tabelami umieszczonymi w załączniku nr 3 do SWZ. Jeżeli wykonawca nie złoży ww. środków dowodowych lub złożone ww. środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający nie będzie wzywał do ich złożenia lub uzupełnienia. W takiej sytuacji oferta wykonawcy będzie odrzucona. Zamawiający może żądać wyjaśnień dotyczących złożonych przedmiotowych środków dowodowych.

W załączniku nr 3 do SWZ opisano specyfikację techniczną telefonów oraz podano modele referencyjne: Apple Iphone 14 Pro oraz Apple Iphone 14 Pro Max.

Pismem z dnia 22 sierpnia 2023 r. Zamawiający zmodyfikował załącznik nr 3 do SWZ, gdzie w tabeli wprowadził dodatkowy wiersz „Wprowadzenie na rynek nie wcześniej niż”. Ponadto wskazał w odpowiedzi na pytanie nr 2, że *Zgodnie z zapisami SWZ, Zamawiający oczekuje złożenia wraz z ofertą opisu oferowanych telefonów sporządzonego zgodnie z tabelami umieszczonymi w załączniku nr 3 do SWZ. Oznacza to, iż Zamawiający wymaga opisu w zakresie określonym w tabeli, a nie w zakresie wszystkich możliwych parametrów oferowanego urządzenia. Zamawiający zwraca uwagę, iż nie przewidział w SWZ procedury uzupełniania przedmiotowych środków dowodowych.*

Izba ustaliła, że do oferty Odwołującego został dołączony opis oferowanych telefonów sporządzony na podstawie pierwotnego załącznika nr 3 do SWZ, który nie zawierał wiersza dotyczącego terminu wprowadzenia na rynek. Odwołujący podał jako model telefon: iPhone 14 PRO. W przedłożonym przedmiotowym środku dowodowym Odwołującego brak jest informacji na temat terminu wprowadzenia oferowanych urządzeń na rynek.

Zamawiający pismem z dnia 25 września 2023 r. poinformował Odwołującego o poprawieniu tzw. innych omyłek polegających na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Zamawiający wskazywał, że z uwagi na fakt, że Odwołujący zaoferował telefony, które Zamawiający podał jako przykładowe, a informacja o ich wprowadzeniu na rynek jest Zamawiającemu znana, dokonuje poprawy innej omyłki w ofercie, poprzez dopisanie wiersza „Wprowadzenie na rynek nie wcześniej niż”. Odwołujący wyraził zgodę na poprawienie omyłki.

W dniu 28 września 2023 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 5 października 2023 r. Przystępujący złożył do KIO odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego, pomimo że wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie kompletnego przedmiotowego środka dowodowego, zgodnego z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia;
- art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez bezzasadne poprawienie omyłki w przedmiotowym środku dowodowym złożonym przez Odwołującego i tym samym naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 12 października 2023 r. Zamawiający poinformował wykonawców, że anulował rozstrzygnięcie z dnia 28 września 2023 r. i powrócił do czynności badania i oceny ofert.

Postanowieniem o sygn. akt KIO 2935/23 Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, uznając, że dalsze prowadzenie tego postępowania odwoławczego jest zbędne z powodu unieważnienia przez Zamawiającego zaskarżonej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania nowych czynności w prowadzonym przez Zamawiającego

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które to nowe czynności nie były objęte zarzutami odwołania.

W dniu 13 października 2023 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania, stwierdzając, że postępowanie zostało unieważnione na podstawie art. 255 pkt 3 ustawy Pzp, gdyż wartość najkorzystniejszej oferty przekracza środki dostępne na sfinansowanie zamówienia, a Zamawiający nie ma możliwości ich zwiększenia.

Równocześnie Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c) ustawy Pzp: *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez Wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie (...) przedmiotowego środka dowodowego (...) Wykonawca nie złożył wraz z ofertą przedmiotowego środka dowodowego, który potwierdzałby rok wprowadzenia oferowanych produktów na rynek.*

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że niezłączenie załącznika nr 3 do SWZ (ani pierwotnej, ani zmodyfikowanej wersji) nie może stanowić przesłanki odrzucenia oferty Odwołującego, gdyż Zamawiający nigdy nie wymagał złożenia załącznika nr 3 do SWZ jako przedmiotowego środka dowodowego, lecz wymagał opisu telefonów opracowanego w oparciu o załącznik nr 3 do SWZ. Zdaniem Odwołującego niezłożenie zmodyfikowanego załącznika nr 3 do SWZ wraz z ofertą nie jest tożsame ze niezłożeniem/złożeniem nieprawidłowego przedmiotowego środka dowodowego, gdyż załącznik nr 3 do SWZ nigdy nie został przez Zamawiającego określony jako przedmiotowy środek dowodowy.

Dalej, Odwołujący wskazywał, że złożył wymagany przedmiotowy środek dowodowy, a dodatkowo jeszcze karty katalogowe oferowanych telefonów. W konsekwencji nie było podstawy, aby wzywać do uzupełnienia przedmiotowego środka dowodowego, w trybie art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, tym bardziej, że Zamawiający nie przewidział wzoru przedmiotowego środka dowodowego i każdy z wykonawców sporządzał opis telefonów samodzielnie. Jeśli zaś Zamawiający miał wątpliwości, co do jego treści, to nie tylko mógł, ale i był zobowiązany do ich wyjaśnienia na podstawie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp. Dlatego też odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp należy uznać za nieprawidłowe.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że podnoszony zarzut nie mógł zostać uwzględniony. Zgodnie z art. 226 ust. 2 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub przedmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Izba uznała, że odrzucenie oferty Odwołującego było wyłącznie wynikiem niedochowania przez Odwołującego należytej staranności podczas składania oferty. Zgodnie z art. 107 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli zamawiający żąda złożenia przedmiotowych środków dowodowych, wykonawca składa je wraz z ofertą. Powyższy obowiązek został wskazany w postanowieniach SWZ. Natomiast złożenie w późniejszym terminie lub uzupełnienie przedmiotowych środków dowodowych nie było w niniejszym postępowaniu dopuszczalne, co Zamawiający przewidział wprost w dokumentach zamówienia.

Odwołujący jako podmiot profesjonalny miał świadomość obowiązku złożenia wraz z ofertą opisu oferowanych telefonów sporządzonego zgodnie z tabelami umieszczonymi w zmodyfikowanym załączniku nr 3 do SWZ, jak również powinien mieć świadomość, że ewentualne niedołączenie opisu oferowanych telefonów sporządzonego zgodnie z tabelami umieszczonymi w zmodyfikowanym załączniku nr 3 do SWZ skutkować będzie odrzuceniem oferty z uwagi na brak złożenia wymaganego przedmiotowego środka dowodowego. W obliczu powyższego Odwołujący powinien dochować należytej staranności przy kompletowaniu wymaganych wraz z ofertą dokumentów. W ocenie Izby opis oferowanych telefonów opracowany w oparciu o zmodyfikowany załącznik nr 3 do SWZ stanowi przedmiotowy środek dowodowy, o czym wprost mówi tytuł w rozdziale IV ust. 11 SWZ.

Wymaga ponownie podkreślenia, że Zamawiający wskazał, że jeżeli wykonawca nie złoży przedmiotowych środków dowodowych lub złożone przedmiotowe środki dowodowe będą niekompletne, Zamawiający nie będzie wzywał do ich złożenia lub uzupełnienia. W takiej sytuacji oferta wykonawcy będzie odrzucona. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 7 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3435/21 po upływie terminu składania ofert Zamawiający nie może zmieniać zasad i wytycznych wynikających z poszczególnych dokumentów zamówienia, których spełnienie nałożył na wykonawców.

W ocenie Izby zaniechania Odwołującego nie może usprawiedliwiać fakt, że Zamawiający nie przewidział wzoru przedmiotowego środka dowodowego i każdy z wykonawców sporządził opis telefonów samodzielnie. Powyższa okoliczność nie może sanować niedochowania należytej staranności przez Odwołującego. To obowiązkiem Odwołującego było złożyć wymagane przedmiotowe środki dowodowe wraz z ofertą, uwzględniające wymogi wprowadzone modyfikacją SWZ. Równocześnie fakt złożenia dodatkowo kart katalogowych oferowanych telefonów nie potwierdza, że przedmiotowy środek dowodowy w postaci opisu oferowanych telefonów został złożony w sposób kompletny.

Za niezasadne Izba uznała też powoływanie się na rozprawie przez Odwołującego na braki w środkach dowodowych Przystępującego, bowiem przedmiotem sporu jest wyłącznie oferta Odwołującego. To Odwołujący składając ofertę nie wskazał terminu wprowadzenia na rynek telefonów, który to wymóg został przewidziany w zmodyfikowanym załączniku nr 3 do SWZ. Zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowy w Warszawie z dnia 18 grudnia 2002 r., sygn. akt V Ca 1311/02 wyjaśnienia do SWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i uczestników przetargu. *Taką wykładnię prezentowała do tej pory również KIO, wskazując, że: Wydaje się zatem, że opublikowanie wyjaśnień na stronie internetowej Zamawiającego czyni je powszechnie obowiązującymi dla Wykonawców przygotowujących oferty. Wykonawcy nie powinni pomijać treści udzielonych wyjaśnień, przygotowując swoje oferty. Ponieważ wraz z podaniem ich do publicznej wiadomości Zamawiający jest związany treścią udzielonych wyjaśnień, to również z tym momentem ustaje stan niepewności co do interpretacji określonych zapisów siwz, a w konsekwencji wykonawcy są związani siwz z uwzględnieniem modyfikacji wynikających z udzielonych przez zamawiającego odpowiedzi.*

Skład orzekający uznał również, że Zamawiający nie był uprawniony do wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści przedmiotowych środków dowodowych w trybie art. 107 ust. 4 ustawy Pzp, bowiem niemożliwe jest wyjaśnienie dokumentu w zakresie informacji, która pierwotnie nie była w tymże dokumencie. Zatem, wyjaśnianie treści przedmiotowego środka dowodowego nie może skutkować jego zmianą. Oznacza to, że złożone wyjaśnienia nie mogą prowadzić do uzupełnienia przedmiotowych środków dowodowych o brakującą treść, a jedynie mogą służyć wyjaśnieniu zamieszczonych w nich informacji budzących wątpliwości, które wynikają przykładowo z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo uznał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp z uwagi na brak złożenia kompletnych przedmiotowych środków dowodowych.

Pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne stwierdzając, iż Zamawiający mógł unieważnić postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na to, że cena oferty najkorzystniejszej przekracza kwotę jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, w sytuacji gdy oferta Odwołującego (cena oferty Odwołującego mieściła się w kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia) została prawidłowo odrzucona.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....